Sygn. akt: KIO 2104/25

WYROK

Warszawa, dnia 25 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2025 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 r. przez wykonawcę, T-Mobile Polska S.A. w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Naczelną Dyrekcję Archiwów Państwowych w Warszawie,
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, Netia S.A. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:……..... **.....**

Sygn. akt: KIO 2104/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania WAN", wewnętrzny identyfikator: BDG-WO.261.3.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2025 r., pod nr: 2025/S 18-54279. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 26 maja 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie od czynności i zaniechań Zamawiającego, wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Netia S.A. w Warszawie oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP"), tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymagania z pkt IV.13.2) lit. b Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ"), ponieważ wykonawca nie złożył wraz z ofertą opracowanego SLA (Service Level Agreement), mimo iż ww. postanowienia dokumentów zamówienia jednoznacznie wymagały, aby częścią złożonej oferty było opracowane SLA, które powinno być zgodne z SOPZ;
2. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Netia S.A.,

Na rozprawie dnia 25 czerwca 2025 r. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania oraz złożył fakturę na kwotę brutto 3.690 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Jak podniósł w uzasadnieniu odwołania, według pkt IV.13.2) lit. b SOPZ w kontekście odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 88 i dokonanej w tym zakresie zmiany SOPZ, wynika, że obowiązkiem wykonawców było zgodnie z pkt IV.13.2) lit. b SOPZ dołączenie do oferty opracowanego SLA w odniesieniu do zakresu wymagań dotyczących SLA. W ocenie Odwołującego, pkt IV.13.2) lit. a-f SOPZ określał zdefiniowane postanowienia dotyczące poziomu jakości usługi WAN, a zatem w swojej ofercie każdy z wykonawców zobowiązany był je opisać. Tym samym, jak wyjaśnił T-Mobile,

wykonawca powinien dołączyć do oferty dokument obrazujący w jaki sposób zamierza zapewnić wymagania dotyczące jakości świadczenia usług. Wskazał, że skoro Netia nie załączyła do swojej oferty dokumentu, zgodnie z pkt IV.13.2 lit. b SOPZ, to oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu. Zdaniem Odwołującego, bezdyskusyjne powinno pozostawać, że informacje w tym zakresie nie podlegają uzupełnieniu ani jakimkolwiek zmianom, czy doprecyzowaniu. Uprzedzając ewentualną argumentację strony przeciwnej, że w pkt 9.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia, opracowane SLA nie było wymienione jako dokument, który należy dołączyć do oferty czy też, że częściowe informacje o SLA zostały podane w tabeli ze str. 5 i 6 formularza ofertowego Odwołujący stwierdził, że po pierwsze nie oznacza to, że treść pkt IV.13.2) lit. b SOPZ należy uznać za niewiążącą, bowiem dokumentację postępowania należy interpretować łącznie. Po drugie, wg Odwołującego, w formularzu ofertowym Zamawiający zawarł wymagania dotyczące tylko części parametrów SLA – tabela złożona wraz z ofertą przez Netia S.A., jak zauważył, nie zawiera wszystkich wymagań określonych w SOPZ, tj. „Informacje zawarte w formularzu ofertowym zawierają wyłącznie częściowe i skrótowe odniesienie do wymagań z SOPZ. Co więcej, w pkt IV.13.2 SOPZ zostały sformułowane wymagania określone m.in. w lit. c tiret 2, lit e i f, do których ww. tabela z formularza ofertowego w ogóle się nie odnosi. Przypomnienia wymaga natomiast, że stosownie do pkt IV.13.2 lit. b SOPZ wymagane było, aby częścią złożonej oferty było „opracowane SLA", które musi być zgodne z SOPZ. Takie wymaganie nie zostało przez Netia spełnione."

W odpowiedzi z dnia 23 czerwca 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Nie złożył wniosku o zasądzenie kosztów postępowania. Wskazał, że w Części I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców pkt 9 Opis sposobu przygotowania oferty w ppkt 9.2.) brak jest wskazania, aby elementem oferty miał być odrębny dokument SLA, a także w pozostałych dokumentach zamówienia brak jest zobowiązania dla wykonawcy do złożenia tak przygotowanego odrębnego dokument, wymagane było jedynie złożenie Formularza oferty zgodnego w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Podniósł, że konstrukcja Formularza ofertowego wskazuje, że SLA jest jego integralną częścią i zawiera się w tym dokumencie, zaś nieracjonalna byłaby konieczność dwukrotnego złożenia przez wykonawcę oświadczenia dot. SLA tożsamego w swej treści, tj. zarówno w Formularzu ofertowym, jak i następnie w formie odrębnego dokumentu załączonego do Formularza ofertowego. Dodał, że chcąc zweryfikować zgodność rozwiązań oferowanych przez wykonawców w zakresie SLA z wymaganiami SWZ wymagał, by wskazali oni na poszczególne, wybrane i jedynie minimalne ich parametry w treści Formularza ofertowego. Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych podkreśliła, że Zamawiający w zakresie wykazania, że SLA musi być zgodne z SOPZ nie wskazał zarówno w Formularzu ofertowym jak i w SWZ konieczności wylistowania przez wykonawcę odrębnie każdego pojedynczego potwierdzenia spełniania przez niego warunków określonych w SWZ. Wyjaśniła, że na ww. potrzeby, wykonawca w Formularzu ofertowym, zgodnie z wolą Zamawiającego, składał następujące oświadczenia: 1) Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptujemy wszystkie warunki w niej zawarte (pkt 2 Formularza ofertowego), 2) Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z Projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w Części III Specyfikacji Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy zgodniej z niniejszą ofertą na warunkach w nich określonych. Ponadto, za bezpodstawne Dyrekcja uznała twierdzenie Odwołującego, iż odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 88 potwierdza interpretacje SWZ prezentowaną obecnie przez Odwołującego.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Netia S.A. w Warszawie. Pismem z dnia 11 czerwca 2025 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i podkreślił, że Zamawiający wprost określił, że na ofertę składa się jeden dokument – Formularz oferty, co wynika z 9.1-9.2 SWZ. W ocenie Przystępującego, sama tak wskazana definicja, określająca jakie dokumenty, a w zasadzie dokument, tworzy ofertę, czyni odwołanie T-Mobile S.A. niezasadnym. Poza tym, wskazał, że wymóg dołączenia do oferty SLA nie wynika z żadnych innych postanowień SWZ, czy też dokumentów zamówienia. Dodał, że Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy przewiduje wskazanie parametrów SLA dla dostarczanej i utrzymywanej usługi WAN, zaś wskazane przez Odwołującego wymagania określone m.in. w lit. c tiret 2, lit. e i f nie dotyczą w ogóle parametrów SLA, lecz mają charakter informacyjny, przy czym jego zdaniem postanowienia dotyczące SLA ujęte w SOPZ, nieodnoszące się do parametrów, a niepowielone w ofercie pozostają w pełni wiążące dla wykonawcy na mocy § 1 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. Ponadto, w ocenie Przystępującego pytanie i odpowiedź nr 88 mają inne znaczenie niż nadaje im Odwołujący, bowiem z modyfikacji Zamawiającego wynika, że założył on, że wątpliwość wykonawcy wynika z konieczności określenia parametrów czasu reakcji wykonania prac dla usług opcjonalnych. Powołał się również na treść pytania nr 90 i odpowiedzi na nie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wskazał Odwołujący, jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert, zaś gdyby Zamawiający działał prawidłowo, oferta Netia zostałaby odrzucona jako niezgodna z wymaganiami. Wskazując na możliwość poniesienia szkody, podał że w wyniku ww. czynności i zaniechań, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono dwie oferty, tj. ofertę Odwołującego z ceną brutto: 6.183.259,20 zł za zamówienie podstawowe oraz 1.008.108,00 zł za prawo opcji oraz ofertę Netia S.A. z ceną brutto: 5.430.597,60 zł za zamówienie podstawowe oraz 590.769,00 zł za zamówienie opcjonalne. Pozostałe parametry oceniane w ramach kryterium oceny ofert zostały przez obu wykonawców określone w tożsamy sposób. Zgodnie z rozdziałem 14 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), Zamawiający przy wyborze ofert będzie kierował się następującymi kryteriami:
Dnia 14 maja 2025 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą uznana została oferta Netia S.A. (100 pkt), zaś oferta Odwołującego została oceniona na 92,70 pkt. W świetle powyższego, Izba uznała, że spełnione są przesłanki z art. 505 ust. 1 PZP, decydujące o legitymacji procesowej Odwołującego do wniesienia odwołania.
Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi wdrożenia i utrzymania sieci WAN. Jak wyjaśnił Zamawiający, zawarta umowa pozwoli na połączenie systemów informatycznych archiwów państwowych umożliwiając ich efektywną i bezpieczną komunikację. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi część II Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. SOPZ.
Zgodnie z pkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 104 PZP, ani nie przewiduje złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań przez przedmiot umowy określonych cech/ kryteriów itp.
Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w terminie 48 miesięcy od dnia zawarcia Umowy zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia).
Według pkt 9 SWZ pt. Opis sposobu przygotowania oferty, ppkt 2: „Na ofertę składa się Formularz oferty zgodny w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ.", zaś ppkt 3: „Do oferty należy dołączyć: 9.3.1. pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy i złożenia (podpisania) w jego imieniu oferty, o ile prawo to nie wynika z dokumentów zawartych w ogólnodostępnych i bezpłatnych bazach danych (np. KRS lub CEiDG). Pełnomocnictwo należy złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie, 9.3.2. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodne w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ (JEDZ), aktualne na dzień składania ofert, celem potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7-10 ustawy Pzp oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców oświadczenie składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, 9.3.3. oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby - na którego zdolności lub sytuację powołuje się Wykonawca, aktualne na dzień składania ofert - celem wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodne w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ (JEDZ), 9.3.4. oświadczenie w trybie art. 118 ust 4 ustawy Pzp, wskazujące, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt 9.3.3. SWZ, który stanowi w szczególności zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, powinno potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać w szczególności: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, b) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Wzór zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby stanowi Załącznik nr 3 do SWZ. 9.3.6. oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy, jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powołują się na potencjał wyłącznie jednego lub kilku z konsorcjantów. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 4 do SWZ."
Zgodnie z definicją zawartą w pkt II SOPZ, SLA to zobowiązanie wykonawcy do świadczenia Usługi WAN na gwarantowanym poziomie określonym przez zestaw parametrów i ich wartości zgodnie ze złożoną Ofertą.
W pkt IV pt. Usługa WAN, ppkt 13.2 SOPZ opisano obowiązki wykonawcy w zakresie zapewnienia wymiany ruchu

pomiędzy LAP, LCAP i PS (połączenia każdy z każdym) podłączonymi do WAN zgodnie z warunkami SLA, w tym dotyczące SLA. Tym samym, wykonawca jest zobowiązany dostarczyć i utrzymać Usługę WAN z następującymi parametrami jakościowymi, określonymi w lit. a):

- –gwarancja 100% przepustowości dostępnej do wykorzystania dla Zamawiającego (przepustowość gwarantowana nie może być wykorzystana do zarządzania siecią i urządzeniami oraz realizacji szyfrowania),
- –maksymalne chwilowe opóźnienie pakietów– 70 ms,
- –maksymalna utrata pakietów – 0,1 %
- –maksymalna zmienność opóźnienia pakietów (jitter) - 20 ms

W świetle lit. b), „Częścią złożonej oferty Wykonawcy będzie opracowane SLA. SLA musi być zgodne z SOPZ i określać także parametry czasy reakcji wykonania prac dla usług opcjonalnych."

W lit. c) wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia następujących, minimalnych parametrów SLA, jakie muszą być gwarantowane w ramach świadczenia Usługi WAN:

- –„gwarancja przepustowości na poziomie 100% dostarczonego pasma,
- –narzut związany z szyfrowaniem nie będzie wliczany do mierzonego pasma.
- –gwarantowana dostępność Usługi WAN na poziomie co najmniej 99,99% miesięcznie, dla każdej LAP, liczona według wzoru zawartego w SOPZ. Brak świadczenia Usługi WAN wynikający z uzgodnionych z Zamawiającym Przerw Serwisowych oznacza zachowanie ciągłości dostępności Usługi WAN,
- –gwarantowane opóźnienie w obu kierunkach (RTD - Round Trip Delay) pomiędzy LAP, z zastrzeżeniem,że nie może ono wynosić więcej nie więcej niż 70 ms,
- –gwarancja straty pakietów (PLR - Packet Loss Ratio), z zastrzeżeniem, że nie może ona wynosić więcej niż 0,1 %."

Wg lit. d): „Parametry jakościowe (RTD, Jitter, PLR) będą mierzone z użyciem 10 pakietów ICMP (lub datagramów UDP o wielkości 128 bajtów wysyłanych w okresach nie dłuższych niż co 5 minut pomiędzy urządzeniem dostępowym CPE w danej LAP a urządzeniami CPE we wszystkich LCAP; wyniki pomiarów będą uśredniane w okresach 30 minutowych. Do pomiarów brane będą pomiary wykonane w warunkach obciążenia interfejsu urządzenia CPE w danej LAP nieprzekraczającego wartości 90% dostępnego pasma."

Z kolei, w lit. e) podano, że: „Wymagane szybkości transmisji danych (przepustowości ŁD) są to gwarantowane przez Wykonawcę minimalne szybkości łączy transmisji danych w warstwie trzeciej modelu ISO/OSI dostępne w ramach jednej uruchomionej sesji dla danej aplikacji Zamawiającego działającej w ramach Usługi WAN. Przy obliczaniu parametrów transmisji (w typ przepływności) na potrzeby SLA pomiary będą wykonywane na LI, zatem wpływ szyfrowania nie może obciążać parametrów SLA."

W lit. f) wskazano zaś, że: „Podczas dokonywania odbioru oraz na każdorazowy wniosek Zamawiającego Wykonawca sprawdzi szybkość transmisji danych pomiędzy interfejsem LI CPE w LCAP, a LI CPE w każdej z LAP przy zastosowaniu dedykowanego urządzenia pomiarowego. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu raport zawierający zbiorcze wyniki pomiarów z LAP Niedotrzymanie parametru minimalnej gwarantowanej szybkości transmisji danych jest traktowane przez strony Umowy jako Awaria."

Formularz ofertowy został zawarty w Załączniku nr 1 do SWZ. W jego treści zawarto m.in. zobowiązania dotyczące utrzymania Usługi WAN i parametrów SLA, jak poniżej:

Wg pkt 2 ww. Formularza, „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptujemy wszystkie warunki w niej zawarte.", zaś wg pkt 5: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z Projektowanymi postanowieniami umowy, określonymi, Części III Specyfikacja Warunków Zamówienia i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach w ich określonych."

Zgodnie z § 1 ust. 2 projektowanych postanowień umownych, wykonawca wykona przedmiot Umowy na zasadach i warunkach określonych w Umowie oraz zgodnie z SOPZ stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy, ofertą Wykonawcy, której częścią składową jest SLA, stanowiącą Załącznik nr 3 do Umowy.

Pismem z dnia 21 marca 2025 r., zamieszczonym na stronie internetowej prowadzonego postępowania, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych opublikowała treść pytań zadanych przez wykonawców wraz z udzielonymi odpowiedziami, w tym:

Wykonawca, T-Mobile Polska S.A. złożył ofertę sporządzoną na Formularzu ofertowym, zgodnym z Załącznikiem nr 1 do SWZ, gdzie w tabeli dotyczącej parametrów SLA wypełnił puste pola wskazując na oferowane wartości i dołączył do niej, sporządzone na osobnym dokumencie opracowanie SLA. W dokumencie tym opisał m.in. gwarantowany poziom świadczenia usługi.

Z kolei, wykonawca Netia S.A. złożył ofertę na podstawie wzoru zgodnego z Formularzem ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ), wypełnił zaoferowanymi parametrami tabelę dotyczącą Usługi WAN, lecz nie dołączył osobnego dokumentu stanowiącego opracowanie SLA.

Pismem z dnia 14 maja 2025 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Netia

S.A.

Izba zaliczyła w poczet akt postępowania dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej przez Zamawiającego w dniu 12 czerwca 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu,
- SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
- Oferty wykonawców,
- Informacja z otwarcia ofert z dnia 29 kwietnia 2025 r.,
- Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z odpowiedzią,
- Informacja z dnia 14 maja 2025 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie miał podstaw, by odrzucić ofertę Netia S.A. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP uznając, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą opracowanego SLA potwierdzającego spełnienie wymagań wskazanych w pkt IV.13.2) lit. b SOPZ.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 29 PZP). Niewątpliwie, powołane przez Odwołującego postanowienia SOPZ pkt IV.13.2) lit. b stanowią warunki zamówienia. W niniejszej sprawie weryfikacji wymagało zaś, czy treść oferty Przystępującego Netia S.A. jest zgodna z tymi warunkami.

Wg ww. warunków zamówienia, z którymi zgodność oferty Netia S.A. została zakwestionowana, pkt IV.13.2) lit. b Części II Specyfikacji Warunków Zamówienia, „Częścią złożonej oferty Wykonawcy będzie opracowane SLA. SLA musi być zgodne z SOPZ." Izba stwierdziła, że częścią złożonej przez Netia S.A. oferty jest opracowane SLA, zawarte w tabel dotyczącej Usługi WAN znajdującej się w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ), zgodne z SOPZ.

Izba uznała, że nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, wywodzące z treści SWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego, wymogu dołączenia do oferty, opracowanego przez wykonawcę, SLA zgodnie z wymaganiami pkt IV.13.2) lit. b SOPZ, ani wymogu potwierdzenia w inny sposób zgodności oferty z tymi wymaganiami, niż jedynie w drodze załączenia wypełnionego Formularza ofertowego na wzorze odpowiadającym Załącznikowi nr 1 do SWZ.

Rację ma Zamawiający który wskazał, że taki wymóg w żaden sposób nie wynika z treści SWZ. Wprost przeciwnie, właściwe odczytanie postanowień SWZ, w tym dotyczących opisu sposobu przygotowania oferty połączone z zapoznaniem się ze sposobem sformułowania treści Formularza ofertowego – pozwala stwierdzić, że złożenie Formularza oferty zgodnego z Załącznikiem nr 1 do SWZ wyczerpuje wymóg, by częścią złożonej oferty było opracowane SLA, zgodne z OPZ.

Wniosek ten potwierdza również okoliczność, że w pkt 9 SWZ wskazano, że na ofertę składa się Formularz oferty sporządzony na wzorze stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. W tym miejscu wymieniono również wyczerpująco wszystkie dokumenty, które należy dołączyć do oferty. Brak jest tam wskazania na SLA. Skoro, z żadnej części SWZ nie wynika, by SLA stanowiło, opracowany przez wykonawcę, odrębny od Formularza ofertowego element oferty, to nie sposób domniemywać takiego wymogu.

W szczególności nie sposób odczytywać takiego wymogu z treści pkt IV.13.2) lit. b) SOPZ, który mówi o tym, że opracowane SLA będzie częścią złożonej oferty. Skoro zaś, jak wynika z pkt 9.1 SWZ, na ofertę składa się Formularz oferty sporządzony na wzorze stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, w którym wskazano na potrzebę opracowania SLA poprzez uzupełnienie oferowanych parametrów SLA, to nie sposób twierdzić, że Zamawiający wymagał jeszcze potwierdzenia spełnienia parametrów SLA na osobnym dokumencie, złożonym wraz z ofertą. Taki wniosek byłby nielogiczny i stanowiłby nadinterpretację postanowień SWZ.

Należy również zwrócić uwagę na systemowe umiejscowienie postanowienia wskazującego, że częścią oferty ma być opracowane SLA – które zostało zawarte w części II SWZ obejmującym Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. W tym kontekście, sens tego postanowienia sprowadza się do zobowiązania wykonawcy do przestrzegania SLA zgodnego z SOPZ, a tym samym do zobowiązania wykonawcy do potwierdzenia w ofercie, że będzie realizował obowiązki w zakresie SLA zgodnie z SOPZ. W ocenie Izby, z ww. postanowień SOPZ nie sposób wywodzić obowiązku wykreowania przez wykonawców, na etapie składania ofert, osobnego dokumentu SLA, w którym zostaną opisane parametry SLA – które w istocie sprowadzałyby się do powielenia w swej treści SOPZ, skoro Zamawiający wymagał zapewnienia tych parametrów jako minimalnych, zaś w interesie wykonawców – jak słusznie, aczkolwiek nie na swoją korzyść, wskazał Odwołujący – nie było zaoferowanie parametrów wyższych, skoro nie stanowiły one kryterium oceny ofert. Tym samym,

nielogiczne byłoby wymaganie od wykonawców dołączenia do oferty dokumentu powielającego treść SOPZ w zakresie dotyczącym SLA. Zwłaszcza, że jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający i Przystępujący, w Formularzu ofertowym zostały zawarte parametry mierzalne dotyczące SLA, zaś pominięto parametry niemierzalne lub treści informacyjne. Za takie z pewnością należy uznać treści zawarte w powołanych przez Odwołującego postanowieniach pkt IV.13.2 SOPZ lit. c tiret 2, lit e i f. Do przestrzegania obowiązków wynikających z parametrów niemierzalnych albo treści informacyjnych zawartych w ww. postanowieniach SOPZ, wykonawca zobowiązuje się w oparciu o pkt 2 i 5 Formularza ofertowego w zw. z § 1 ust. 2 projektowanych postanowień umownych i nie ma potrzeby wskazywania na te zobowiązania w osobnym dokumencie dołączonym do oferty. W Formularzu ofertowym każdy z wykonawców składających ofertę oświadcza bowiem, że zapoznał się z SWZ, w tym projektowanymi postanowieniami umowy, akceptuje wszystkie zawarte tam warunki i w razie wyboru jego oferty, zobowiązuje do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach w określonych w postanowieniach ww. dokumentów.

Nie sposób również uznać, że Zamawiający wprowadził lub potwierdził wymóg, na który powołuje się Odwołujący, w wyniku modyfikacji postanowienia zawartego w Rozdziale IV pkt 13.2.b), dokonanej w odpowiedzi na pytanie nr 88 do SWZ. Przedmiotową modyfikacją nie uczyniono żadnych zmian w kontekście postanowienia, zgodnie z którym: „Częścią złożonej oferty Wykonawcy będzie opracowane SLA." Z kolei, samo wykreślenie słów „i określać także parametry czasy reakcji wykonania prac dla usług opcjonalnych." – jak słusznie zauważył Zamawiający – wprowadza modyfikację wyłącznie w zakresie usług opcjonalnych. Przy czym Zamawiający słusznie uznał, że pytanie zrodziło się wobec ww. zastrzeżenia, że SLA powinna określać także parametry dla usług opcjonalnych, skoro takie nie zostały wskazane w Formularzu ofertowym, a zatem wykonawcy mogli mieć wątpliwości co do konieczności samodzielnego określenia takich parametrów w osobnym dokumencie. Niemniej modyfikacja ta nie wprowadzała żadnych zmian w kontekście usług podstawowych. Podkreślić przy tym należy, że w odpowiedzi na pyt. a) Zamawiający wskazał, że: „Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z SWZ część III § 3 ust. 1 pkt 1 prawo opcji realizowane będzie na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe.", co potwierdza fakt, że modyfikacja dotyczyła wyłącznie usług opcjonalnych.

Izba uznała za zupełnie nieadekwatne do przedmiotu sprawy, powołanie się na pytanie nr 90 i odpowiedź na nie, skoro dotyczą one wyłącznie miary parametrów (ms czy też %).

Wymagania Zamawiającego w zakresie treści oferty, w tym sposobu potwierdzenia, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia muszą być sformułowane wprost, literalnie, precyzyjnie i jednoznacznie i nie mogą wynikać z domniemania, zwłaszcza gdy mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty, z uwagi na jej sprzeczność z warunkami zamówienia. W tym zakresie, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest jednolite stanowiąc, że za sprzeczną z warunkami zamówienia i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP można uznać tylko taką ofertę, której precyzyjnie wskazana treść jest niezgodna z konkretnie wskazanymi, jednoznacznymi wymaganiami SWZ. W niniejszej sprawie, Zamawiający nie wymagał od wykonawców sporządzenia SLA i dołączenia go do oferty, toteż brak takiego dokumentu sam w sobie nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Zamawiający postanowił, że będzie badał spełnienie wymogów z pkt IV.13.2) lit. b SOPZ w oparciu o treść Formularza ofertowego odpowiadającego treści Załącznika nr 1 do SWZ, czyli w oparciu o wskazanie przez wykonawcę oferowanych, wybranych parametrów minimalnych, zaś w pozostałym zakresie o oświadczenie wykonawcy. Nie ma zatem podstaw do wywodzenia dalszych, niewynikających z SWZ obowiązków wykonawcy. Tym samym, oferta Netia S.A. jest zgodna z warunkami zamówienia w zakresie SLA.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 zd. 1, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....